

Taşınmazlarda (Subjektif-Ayni) Bağımlı – Paylı – Mülkiyet (Subjective-In Rem) Subordinate Ownership (And Co-ownership) in Immovable Property

O. Gökhan ANTALYA^{*} 

ÖZ

Taşınmazlar arasındaki hukuki ilişki çeşitli şekillerde tezahür edebilir. Bu bağlamda taşınmazlardan birindeki paylı mülkiyetin diğerindeki mülkiyete (veya paylı mülkiyete) bağlanması ile de hukuki ilişki doğabilir. Hukuki ilişki; subjektif-nispi ilişki şeklinde tezahür edebileceği gibi, subjektif-ayni ilişki şeklinde de görülebilir. Subjektif-ayni ilişki Türk Medeni Kanunu'nda ele alınmış olup, irtifak hakkı veya taşınmaz yükü – bir sınırlı ayni hak – şeklinde aktif subjektif-ayni ilişki olarak düzenlenmiştir. Pasif subjektif-ayni ilişki ise hukukumuzda üzerinde fazla durulmuş bir konu değildir. Kanunda bu kavram ve hukuki sonuçları açık ve net bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenmediğinden çeşitli hukuki sorunların doğması muhtemeldir. Bu çalışmada, aktif subjektif ayni ilişki de açıklanarak, asıl olarak pasif subjektif-ayni bağlantı ile bağlanmış iki taşınmaz arasındaki hukuki ilişkide ortaya çıkabilecek çeşitli soru ve sorunlara yanıt aranmıştır. Ayrıca bu konuda, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından, mehz ZGB Art.655a hükmünden yararlanarak önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Paylı Mülkiyet, Aktif Subjektif Ayni İlişki, Pasif Subjektif Ayni İlişki, Bağımlı Mülkiyet, Bağımlı Paylı Mülkiyet, Subjektif Ayni Bağımllama İlişkisi.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, gantalya@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3005-2154.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: O. Gökhan ANTALYA

E-posta/E-mail: gantalya@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 14.04.2025

Kabul Tarihi/Accepted: 07.05.2025

ABSTRACT

The legal relationship between immovable properties may manifest in various forms. In this context, a legal relationship may also arise by linking the co-ownership in one immovable property to the ownership (or co-ownership) in another immovable property. The legal relationship may materialize in the form of a subjective-obligatory relationship or in the form of a subjective-in rem relationship. The subjective-in rem relationship is regulated in the Turkish Civil Code and is established as an active subjective-in rem relationship in the form of an easement or real burden (limited right in rem). The passive subjective-in rem relationship has not been extensively examined in Turkish legal doctrine. Since this concept and its legal consequences are not regulated by explicit substantive legal provisions, various legal problems are likely to emerge. In this study, while explaining the active subjective-in rem relationship, answers are primarily sought to various questions and problems that may arise in the legal relationship between two immovable properties connected by a passive subjective-in rem connection. In addition, recommendations have been made from a de lege ferenda perspective by drawing upon ZGB Art.655a.

Keywords Immovable Property, Immovable Property Ownership, Co-Ownership, Limited Right In Rem, Active Subjective-In Rem Relationship, Passive Subjective-In Rem Relationship.

I. GENEL OLARAK

Paylı mülkiyet, TMK m.688/I hükmünde, “*birden çok kimsenin, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla malik olması*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bilindiği üzere paylı mülkiyet, hukuki işlem den, kanuni hükümlerinden, yargı kararından veya cebri icradan kaynaklanır.

Her paydaş paylı mülkiyete tabi eşyanın tamamında kendi payı oranında hak sahibidir. Paydaşın payı, maddi (real) bir pay değil, ideal hesaplanabilir bir – fiksion – paydır.

Her paydaş bağımsız olarak kendi payında serbestçe tasarruf edebilir ve kendi payı üzerinde mülkiyet hakkına sahiptir. TMK m.688/III hükmünde belirtildiği üzere, “Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Pay devredilebilir, rehnedilebilir, alacaklar tarafından haczedilebilir.”

Her paylı mülkiyet, paylı mülkiyetin kurulduğu eşya dışında ayrı bir eşya hukuku konusunu oluşturur. Paylı mülkiyet bir taşınmaz üzerinde kurulabilir. Taşınmazdaki paylı mülkiyet, İsviçre hukukundaki yasal düzenleme Türk hukukuna alınmadığından, ayrı bir taşınmaz gibi işlem görmez. Bu taşınmaz arazi, sürekli ve bağımsız bir hak veya kat mülkiyeti olabilir. Bir paylı mülkiyet içinde paylı mülkiyet de kurulabilir.

Paylı mülkiyetin konusu taşınmaz ise her paydaşın payı tapu sicilinde gösterilir. Böyle bir belirleme yapılmamışsa, paydaşların düzeltme hakkı saklı kalmak üzere, eşitlik ilkesi karinesi (TMK m.688/II) gündeme gelir.

İki ya da ikiden fazla taşınmaz arasında ve bu taşınmazlardan birindeki paylı mülkiyetin diğeri ya da paylı taşınmazla olan hukuki ilişkisi söz konusudur. Bu hukuki ilişki; subjektif-nispi ilişki (eşyaya bağlı – nispi – hak/borç) şeklinde kurulabileceği gibi subjektif-ayni ilişki şeklinde de gerçekleşebilir. Subjektif-ayni ilişki aşağıda üzerinde duracağımız üzere, TMK’unda ele alınmış, irtifak hakkı veya taşınmaz yükü – bir sınırlı ayni hak – şeklinde aktif subjektif-ayni ilişkisi olarak düzenlenmiştir. Pasif subjektif-ayni ilişki ise hukukumuzda üzerinde fazla durulmuş bir konu değildir.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere iki taşınmaz arasındaki, aktif yani irtifak ve taşınmaz yükü şeklinde, sınırlı ayni hak şeklinde, subjektif-ayni bağlantı oluşturulabileceği gibi; bağımlı taşınmaz ya da bağımlı paylı taşınmaz şeklinde pasif subjektif-ayni ilişki de oluşturulabilir. Subjektif bağımlı paylı ilişki ya da başka bir ifade ile bağımlı paylı mülkiyette, paylı mülkiyetten ya da onun kurulduğu paylı mülkiyetten yararlanan hakim taşınmazın hukuki mukadderatına tabi tutulmaktadır. Kanunda bu kavram ve hukuki sonuçları açık ve net bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenmediğinden, aşağıdaki farklı soruları beraberinde getirmektedir:

Bağımlı taşınmaz ve bağımlı paylı taşınmaz kavramı ve hukuki olguları nedir? Bağımlı taşınmazın ve bağımlı paylı taşınmazın konusunu, arazi yanında bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler ve bunlardaki paylar oluşturabilir mi? Hakim taşınmazla bağımlı taşınmazdaki subjektif-ayni bağlantı paylı mülkiyet ve olağan paylı mülkiyet olarak karma şekilde kurulabilir mi?

Hakim taşınmazdaki bir tasarrufun, örneğin rehin vermenin bağımlı taşınmaza ve ondaki bağımlı paylara hukuki etkisi nedir?

Bağımlı taşınmazın hakim taşınmaza pasif subjektif-ayni bağlılığı sıkı mı yoksa geniş mi olacaktır? Bu bağlantı bağımlı taşınmazı ya da bağımlı taşınmazdaki paylı mülkiyetin bağımsızlığını hangi ölçüde sınırlayacaktır? Bağımlı taşınmazda ve bu taşınmazdaki payda hangi tasarruflara imkan verilecektir? Bu kapsamda, bağımlı taşınmaz ve bu taşınmazdaki pay devredilebilecek midir; rehin ya da başka bir sınırlı ayni hakka konu edilebilecek midir?

Paylı bağımlı taşınmazda, pasif subjektif-ayni bağlılığın amacı ortak ve/veya sürekli amaç mı olmalıdır? Bağımlı paylı mülkiyette paydaşın paylaşmayı talep hakkı ve önalım hakkı sınırlandırılmalı mıdır?

Aşağıda birbirine pasif subjektif-ayni bağlantı ile bağmlanmış iki taşınmaz yani biri hakim taşınmaz ya da taşınmazlar ile diğer bağımlı taşınmaz ya da bağımlı paylı taşınmaz arasındaki hukuki ilişkiyi yukarıdaki sorular kapsamında değerlendirip, olan hukuk (de lege lata) bakımından cevaplar bulmaya; olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından mehz ZGB Art.655a hükmünden yararlanarak önerilerde bulunmaya çalışacağız.

II. BAĞIMSIZ – PAYLI – MÜLKİYET VE (SUBJEKTİF-AYNİ) BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYET KAVRAMI

Doktrinde paylı taşınmaza ilişkin mülkiyet çeşidi olarak, (subjektif-ayni) bağımlı paylı mülkiyet ve bağımsız paylı mülkiyet ayrımı yapılmaktadır¹. Bu ayrım olağan (bağımsız) taşınmaz mülkiyeti ve bağımlı taşınmaz mülkiyeti alt başlığında değerlendirilmektedir.

Taşınmazdaki paylı mülkiyet payında bireysel olarak belirli bir kişi mülkiyet hakkı sahibi ise, bağımsız paylı mülkiyetten (selbständiges Miteigentum) bahsedilir. Bu durumda her paydaş, kural olarak kendi payı üzerinde tasarruf edebilir.

Bir taşınmaz ile diğer taşınmaz arasında kurulan yasal ya da iradi subjektif-ayni bağlantıyla, bir taşınmaz (kayıtlı taşınmaz, bağımlı taşınmaz, yükümlü taşınmaz) diğer taşınmazın (hakim taşınmaz, temel/esas taşınmaz, yararlanan taşınmaz) yararına belirli bir amaçla, ona subjektif-ayni şekilde – kural olarak çözülmez şekilde – bağlanarak onun hukuki mukadderatına tabi tutulmuşsa bağımlı mülkiyet (unselbständiges Eigentum) söz konusudur.

Eğer bağımlı taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise, ayni-subjektif bağlantı hakim taşınmazın yararına sürekli ve ortak amacına hizmet ediyorsa bağımlı paylı mülkiyet (unselbständiges Miteigentum) söz konusudur². Bağımlı paylı mülkiyetin temel karakteri paylı mülkiyeti konu alan bağımlı taşınmazın, hakim taşınmaza ayni-subjektif şekilde, çözülmez şekilde, bağlı olmasıdır³.

Taşınmaz hukukunda subjektif-ayni bağlantı sonucu bağımlı taşınmazdaki hak ve yükümlülükler “yararlanan taşınmazın” malik ya da maliklerine aittir.

Yararlanan taşınmaz doktrinde “temel taşınmaz” (Hauptgrundstück) ya da “hakim taşınmaz” (herrschende Grundstück) olarak da isimlendirilmektedir. Diğer bağlanan taşınmazdan doğan haklar yararlanan taşınmaza bağımlı haldedir.

Bağımlıtaşınmaza,doktrinde“bağımlıtaşınmaz”veya“kayıtlıtaşınmaz”(Anmerkungsgrundstück/Anmerkungsparzelle) ismi de verilmektedir. Bağımlıtaşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise, “bağımlı paylı taşınmaz” veya “kayıtlı paylı taşınmaz” olarak anılmaktadır. Tapu Sicil Tüzüğüümüzün 29. maddesinde bir taşınmaz için “yararlanan taşınmaz”; diğeri için “ortak kullanılan taşınmaz” terimi kullanılmaktadır. aGBV Art.32 paylı mülkiyetli taşınmazı “kayıtlı taşınmaz” (Anmerkungsgrundstück), hakim taşınmazı, “temel taşınmaz” (Hauptgrundstück) olarak isimlendirmektedir.

1 Bkz Urs Fasel, *Grundbuchverordnung (GBV)* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2008) Art 95 N 6, 12 ff.

2 Arthur Meier – Hayoz, *Berner Kommentar Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht Band II Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht 1. Abteilung Das Eigentum 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen Artikel 641-654* (5. Auflage, Stämpfli Verlag 1981) Art 646 N 6; Peter Liver, ‘Das Eigentum’ in Arthur Meier – Hayoz (ed) *Schweizerisches Privatrecht Bd V/1* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1977) 59; Christoph Brunner and Jürg Wichterich, ‘Art. 646-651a ZGB’ in Thomas Geiser and Stephan Wolf (eds) *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 ZGB* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) Art. 646 N 2.

3 Jürg Schmid, ‘Das Unselbständige Miteigentum in Theorie Und Praxis’ (2005) (5) ZBGR 277, 279.

Hakim taşınmazda mülkiyet hakkı sahipleri (ya da kat malikleri) ya da paylı mülkiyet hakkı sahibi paydaşlar, kendi mülkiyet hakkında (kendi bağımsız bölümünde) ya da paylı mülkiyetinde serbestçe tasarruf edebilirler.

Bağımlı mülkiyet malikleri ya da bu taşınmazdaki bağımlı paylı mülkiyet sahipleri ise, subjektif-ayni bağlantı sebebiyle bağımlı payları üzerinde serbestçe tasarruf edemezler ya da paylarını bir ayni hakla yükümleyemezler. Bağımlı paylı taşınmazın paydaşları, subjektif-ayni bağlantının ortak amacı sürekli ise paydaşlıktan doğan bazı haklarını kullanmazlar.

Taşınmaz mülkiyeti ya da taşınmaz üzerindeki payların hukuki akıbeti hakim taşınmaz mülkiyetine ve onun mukadderatına kural olarak çözümler şeklinde bağlıdır⁴. İrtifak hakları veya maddi taşınmaz yükü, kişisel irtifaklar hariç, sadece hakim taşınmaz üzerinde kurulabilir. Hakim taşınmaz üzerinde kurulan bir taşınmaz rehni, bağımlı taşınmazı da kapsar⁵.

Sürekli amacın söz konusu olduğu durumlarda, bağımlı (subjektif-ayni) paylı mülkiyette, pay artık bir hukuki işlemin kendine özgü konusu olmaktan da çıkar. Bu sebeple eğer subjektif-ayni bağlılık sürekli ortak amaç niteliğinde ise kayıtlı/bağımlı taşınmazda paydaşların paylaşma talep hakkı söz konusu olmaz (TMK m.698/I)⁶. Türk hukukunda de lege ferenda olarak yasal ön alım hakkı (TMK m.732) da olmaması gerekir.

III. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYETİN HUKUKİ OLGULARI

A. GENEL OLARAK

Bağımlı paylı mülkiyet, paylı bağımlı taşınmazla hakim taşınmaz arasındaki temel taşınmazın yararına bağımlı paylı mülkiyeti hakim taşınmazın geleceğine bağlı kılan subjektif-ayni ilişkiyi, daha dar anlamıyla bağımlama ilişkisini ifade eder. Bu ilişki aynı zamanda paylı bağımlı taşınmazın hakim taşınmazın sürekli ortak amacına hizmet edebilir.

Bağımlı paylı mülkiyetin bir olgusu subjektif-ayni bağlantıdır; diğer önemli olgusu ise paylı taşınmazın (bağımlı taşınmazın) hakim taşınmazın yararına olarak – sürekli – amacına bağlanmasıdır. Bu iki hukuki olgu üzerinde duralım.

4 Liver (n 2) 59; Brunner and Wichtermann (n 2) N 2 ff; BGE 130 III 306.

5 Bir irtifak hakkının terkin, irtifak hakkı sahibi taşınmaz üzerindeki rehin hakkı sahibinin onayı ile mümkündür bkz Jürg Schmid, 'Art 964' in Heinrich Honsell, Peter Vogt and Thomas Geiser (eds) *Basler Kommentar zum ZGB II* Art 964, N 13.

6 Liver (n 2) 59; Brunner and Wichtermann (n 2) N 2; Barbara Graham-Siegenthaler, *Art. 641-654a ZGB* (Stämpfli Verlag 2022) Art 646 N 5; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum Band I* (3. Auflage, Stämpfli Verlag 2007) N 632; BGE 130 III 13, 16.

B. HAKİM TAŞINMAZ İLE BAĞLI – PAYLI – TAŞINMAZ ARASINDA BAĞIMLAMA

1. Subjektif-Ayni İlişki

a. Kavram

Subjektif-ayni bağla, iki taşınmaz birbirine çözülmaz bir şekilde bağlanmakta ve bu bağimlama ile birlikte bağlanan hakim taşınmazın mukadderatı diğetine tabi olmaktadır⁷.

Subjektif-ayni ilişki ile bir hakkın sahipliği (süjesi), eşya üzerindeki ayni hak sahipliği ile belirlenmektedir. Başka bir deyişle, subjektif-ayni ilişki ile bir eşya üzerindeki hak sahibi olan (hakim taşınmaz) malikler, başka bir eşya (bağımlı taşınmaz ya da bağımlı paylı mülkiyet) üzerinde ve bir hakkın konusunu üzerinde maddi hak sahibi olmaktadırlar.

b. Çeşitleri

Her türlü hak subjektif-ayni bağlantı konusu olabilir: Subjektif-ayni bağlantının konusu nispi hak ya da ayni hak olabilir. Subjektif-ayni bağlantı bağlantı nispi hakkı, örneğin şerh edilebilir bir nispi hakkı (iradi ön alım hakkı, kira hakkı) konu alıyorsa, eşyaya bağlı bir nispi bir borç ya da eşyaya bağlı bir – alacaktan – haktan ya da eşyaya bağlı yükümlülükten (Realobligation⁸) söz ederiz⁹.

Subjektif-ayni ilişki ayni hakkı konu alıyorsa, eşyaya bağlı ayni hak söz konusudur¹⁰. Ayni hakkı konu alan subjektif-ayni bağlantı, eşyaya bağlı irtifak hakkında ve taşınmaz yükümünde aktif subjektif-ayni ilişki şeklindedir. Aktif subjektif-ayni ilişki, sınırlı ayni hak çeşidine bağlı olarak eşyaya bağlı ayni irtifak ilişkisi ya da taşınmaz yükü ilişkisi içindedir.

Bağımlı mülkiyet ya da bağımlı – paylı – mülkiyette ise pasif subjektif-ayni ilişki şeklinde karşımıza çıkar. Pasif subjektif-ayni ilişki, ayni nitelikte bağimlama ilişkisi şeklindedir.

Taşınmazlar arasındaki bu subjektif-aynilik ilişkisi, eşya hukukuna ilişkin ayni bir maddi hukuk ilişkisidir. Bu bağlantı, hakim taşınmazın yararına ilişkin amaca bağlılığı ifade eder. Bu sebeple iki taşınmazda subjektif-ayni bağlantı ile hakim taşınmazın yararına birliktelik olarak hakim taşınmazdaki hakkın kapsamı genişlemekte, diğ bağli taşınmaz maliklerinin ve taşınmazdaki paydaşların mülkiyet hakları sınırlanmaktadır.

7 Bu konuda bkz Urs Dominik Sprenger, *Die subjektiv-dingliche Verknüpfung als Verbindung zwischen rechtlicher Beziehung und Subjekt, insbesondere im schweizerischen Obligationen – und Sachenrecht* (Schulthess Polygraphischer Verlag 1983) 42 ff, 198 ff.

8 Schmid (n 3) 280.

9 Peter Liver 'Die Realobligation, Ihre Klassifikatorische Bedeutung Und Praktische Verwendbarkeit' ZBGR (1962) (43) 257, 257; Liver (n 2) N 155 N 149.

10 Eşyaya bağlı hak ve borçlar için bkz O Gökhan Antalya 'Eşya Hukuku Giriş Temel Kavramlar ve İlkeler' in O. Gökhan Antalya (ed) *Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt IV/I* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 100 vd; O Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükiimler Cilt V/1,1* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 72 vd.

Taşınmazlar arasındaki subjektif-ayni ilişki, zayıf, her zaman çözülebilir bir ilişki niteliğinde değildir; aksine sıkı ve yoğun bir bağlılıktır; bu bağlılık ortak ve/veya sürekli bir amaca hizmet edebilir.

İki ya da daha fazla eşya bileşik eşya şeklinde subjektif-ayni ilişki, başka deyişle bütünleşme ilişkisi içinde olabilirler. Bu subjektif-ayni birleşme ile bütünlük oluşturan eşyalar, fiziki bir bağlılık içinde ya da olmaksızın, hukuken birleşmiş tek bir eşya gibi işlem görürler. Bu subjektif-ayni bütünleşme iki şekilde gerçekleşebilir:

- Bütünleyici parça ilişkisi : subjektif-ayni bütünleşme ilişkisi,
- Eklenti ilişkisi :subjektif-ayni bütünleştirme ilişkisi.

TMK subjektif-ayni ilişkiyi yine bütünleşme ya da karışma ilişkisi olarak m.776/I hükmünde özel olarak düzenlemiştir.

3. Bağumlama İlişkisi (Bağumlama Anlaşması)

a. Kavram

Hakim taşınmaz malikleri ile bağımlı taşınmaz malikleri ya da paylı taşınmazın malikleri ya da bağımsız paylı mülkiyet maliki, bağımlı taşınmazın mukadderatının hakim taşınmaza bağlı olacağı şekilde, onun yararına olan bir amaç için subjektif-ayni bağumlanması konusunda anlaşmaktadırlar.

b. Hakim Taşınmaz

Hakim taşınmaz paylı mülkiyet veya elbirliği hükümlerine tabi olabileceği gibi aynı arazi üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş bir veya birden fazla bağımsız bölüm olabilir.

Taşınmaz niteliğine sahip sürekli ve bağımsız bir hak da yararlanan taşınmaz olabilir.

Bir veya birden fazla bağımlı taşınmaz ya da bağımlı paylı taşınmaz, bir veya birden fazla hakim taşınmaza bağlanabilir.

c. Bağımlı Taşınmaz ve Bağımlı Paylı Taşınmaz

Hakim taşınmaza subjektif-ayni bağla bağumlanan bağımlı taşınmaz, tek başına mülkiyet ya da paylı mülkiyet hükümlerine tabi bir taşınmaz olabilir. Elbirliği halinde mülkiyet rejimine tabi bir taşınmaz da, tek başına mülkiyete tabi taşınmaz gibi, hakim taşınmaza bağlanabilir.

Eğer bağımlı taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise, eşyanın tamamını hakim taşınmaza bağlamak için, olağanüstü yönetim işleri kapsamında oybirliği ile karar alınarak, paylı taşınmaz hakim taşınmaza bağlanabilir.

“Eğer taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise, her bir paydaş kendi bağımsız payını, aynı taşınmaz içinde başka bir hakim bağımsız bölüme veya başka bir hakim taşınmaza pasif subjektif-ayni bağlantıyla bağmlayabilir mi?” sorusunun cevabı aranmalıdır. Paylı mülkiyette bir paydaşın diğer paydaşın payına pasif subjektif-ayni bağlantı ile bağlanabilmesini mümkün görmemekteyiz. Zira paylı mülkiyet topluluğundaki bağlılığın zayıf olması, paylı mülkiyetin geçici niteliği, paydaşın kısıtlanamaz ve kaldırılamaz zorunlu ve zorunlu acil işlerdeki yetkisi, yasal ön alım hakkı, paylaşmayı talep hakkı gibi nedenlerle paylı mülkiyet rejimi kendi içinde bu bağlılığın kurulmasına imkan vermemektedir.

Bu sorunun diğer kısmını ele alacak olursak; “bir veya birkaç paydaş diğerlerinden bağımsız olarak kendi paylarını hakim taşınmaza pasif subjektif-ayni bağlantı ile bağmlayabilirler mi?” hususuna cevap ararız. İlgili sorunun cevabı bağımlı taşınmazdaki payların bir kısmının olağan paylı mülkiyet halinde bırakılıp diğer payların hakim taşınmaza pasif subjektif-ayni bağlantı ile bağlanıp bağlanmayacağına ilişkindir. Bu hususu aşağıda tartışacağız. Bir yararlanma ya da yönetim anlaşması yapıp da bu anlaşma cüzi halef üçüncü kişiler için de bağlayıcı olması için şerh verilmişse, bu yararlanma anlaşmasının konusuna ilişkin payın yararlanma hakkı, paydaş hakim taşınmazın yararına amaç olarak bağmlama anlaşmasına konu edilebilir. Paydaşın sadece kendi payını konu edinen, hakim taşınmazın yararlanma amacını konu edinen, bir bağmlamanın mümkün olup olmadığını aşağıda tartışacağız.

Kat mülkiyetine tabi bir bağımsız bölümde, bağımsız bir taşınmaz olarak bağımlı taşınmaz olabilir. Paylı bağımsız bölüm, iştirak halinde ise elbirliği ile karar ilkesine göre; paylı mülkiyete tabi ise bağımsız bölümün tamamına bağmlama için oybirliği ile bağmlama kararı alınabilir; bağmlama ilişkisi tapuda kurulabilir. Bağmlama için alınacak karar ya da tapudaki bağmlama anlaşmasının (sözleşmesinin) konusu olan hakim taşınmaz yararına bağmlama amacı, bağımsız bölümün nitelik ve özelliklerine, örneğin cinsine – konut ya da işyeri olmasına – yönetim planına ve Kat Mülkiyeti Kanunu’nun emredici hükümlerine uygun olmalıdır. Bir bağımsız bölüm paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise, her bir paylı mülkiyetin hakim taşınmaza bağlanabileceğine ilişkin yukarıdaki tartışmalar yapılabilir. Bağımsız bölüm niteliği tartışmalı olsa da niteliği itibarı ile içeriğinde özel bir paylı mülkiyet niteliğini taşıdığından, paylı mülkiyet içinde paylı mülkiyetin bağmlanmasının, onun bu niteliğiyle bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

d. Bağlantılı – Paylı – Taşınmazın Hakim Taşınmazın Yararına Bir Amaç İçin Bağmlanması

aa. Genel Olarak

Bağımlı taşınmazın ya da bağımlı paylı taşınmazın, hakim taşınmaza onun yararına olan bir amaç için subjektif-ayni bağ ile bağmlanması gerekir. Bu bağlanma amacının ortak ve sürekli olması gerekli değildir. Hatta bağmlama amacının objektif olması da gerekli değildir; bağmlamanın hakim taşınmazın yararına olması yeterlidir. Hakim taşınmazın bağmlama amacına ilişkin yarar tüm taşınmazdan veya belirli bir kısmından maddi yararlanma şeklinde olabileceği gibi, manevi yararlanma şeklinde de olabilir.

bb. Bağımlı Paylı Taşınmazın Hakim Taşınmazın Yararına Bir Amaçla Bağınlanması

Bağımlı taşınmazın paylı taşınmaz olması halinde, bağımlı olabilmesi için hakim taşınmazın yararına olan özgülenme amacının sürekli bir amaç olması gerekli değildir; sadece tüm paydaşların hakim taşınmazın yararına bir amaç için bağınlanması yeterlidir. Bu pasif subjektif-ayni bağlantı ile bağımlı taşınmaz ya da bağımlı paylı taşınmaz onun mukadderatına tabi olur. Hakim taşınmazın hukuki mukadderatına bağınlanmasının hukuki sonuçları üzerinde aşağıda duracağız.

cc. Bağımlı Paylı Taşınmazın Hakim Taşınmazın Yararına Ortak ve Sürekli Amaçla Bağınlanması

Bağımlı paylı taşınmazın hakim taşınmazın yararına sürekli bağınlanmasının hukuki sonuçları, pasif subjektif-ayni bağlantının hakim taşınmazın mukadderatına tabi olmasına ilave sonuçlardır:

- Paylaşma yetkisinin kaldırılması,
- Yasal ön alım hakkının kullanılmamasıdır.

Paylı mülkiyette paydaşın paylı mülkiyeti sona erdirmeye (paylaşma) yetkisini sınırlayan bir hüküm olarak TMK m.698 hükmünde (ZGB Art.670) “paylı malın sürekli bir amaca özgülenme”sinden bahsedilmektedir. Bu sürekli amacın elbette bağınlama anlaşmasının taraflarının ortak amacı olması gerekir. Bu hüküm, paylı taşınmazın paylı maliklerinin hukuki bir işlemle sürekli bir amaç belirleyerek kendi taşınmazlarını, kendi paylı mülkiyet paylarını subjektif-ayni bir bağlantı ile diğer bir hakim taşınmaza bağlayabilmelerine imkan tanımanın hukuki sonuçlarını düzenleyen bir hükümdür¹¹. Zira Türk hukukunda bu konuda TST m. 29’da yer alan tapu sicil düzenlemesi hariç özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda bu husus taşınmaz reformu sonrası ZGB Art.655a hükmünde ve GBV m.95 hükmünde özel olarak düzenlenmiştir.

Paydaşların sürekli amaç belirlemesi paydaşların paylaşmama anlaşmasında (TMK m.698) yer alabilir. Paydaşların paylaşmama hükmü, bağlama anlaşmasının hükmü olarak düzenlenebilir. Bu ortak ve sürekli amaç belirlenmesi ya paylı taşınmazın bağınlama ilişkisinin niteliğinden ve özelliğinden ya da paydaşların anlaşmadaki iradelerinden anlaşılabilir¹². Amaç belirlemesi ile bağlanan taşınmaz ya da onun tesisinin, bağlandığı hakim taşınmazın niteliği bakımından objektif olarak zorunlu olabilir, örneğin yol ve geçit açma gibi. Paylaşmama anlaşması ile paydaşlar açıkça taşınmazın ortak ve sürekli amacını belirleyebilirler; örneğin açık ya da yer altı otopark alanı, konteyner ya da karavan alanı, kapalı ya da açık yüzme havuzu, göl ya da deniz kenarı güneşlenme ya duş alanı yahut tesis vb. İradi paylaşmama anlaşmasında paydaşların ortak sürekli amacı objektif ve zorunlu olarak belirlemesine gerek bulunmamaktadır. Subjektif ve zorunlu olmayan bir amacın ortaklarca ortak ve sürekli amaç olarak kararlaştırılması yeterlidir.

11 Benno Schneider ‘Probleme des subjektiv-dinglichen Miteigentums’ (1976) (57) ZBGR 1, 1 ff; Peter, Liver ‘Die Anmerkung’ (1969) (50) ZBGR 10, 14 ff; Schmid (n 3) 280.

12 Schmid (n 3) 281.

TST m.29/1 hükmü “sosyal tesis, ticarî mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi taşınmaz veya bağımsız bölümler ortaklaşa kullanıma ayrılmış ortak yerler”den bahsetmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere “ortak kullanıma ayrılmış yer” olması gerektiği belirtilmiş ama ortak amacın sürekli olması aranmamıştır. Tüzük konuyu bağımlı mülkiyet yönünden düzenlemektedir. Bağımlı taşınmaz paylı taşınmaz şeklinde olabilir. Bu düzenlemenin paylı bağımlı mülkiyet bakımından uygulanmasına engel yoktur.

Bağımlı mülkiyetin ve bağımlı paylı mülkiyetin kurulması için ortak amaç yeterlidir. Eğer paylı bağımlı taşınmazın malikleri, paydaşların paylaşma hakkını engellemek istiyorlarsa TMK m.689 hükmü uyarınca ortak amacın sürekli olması gerekir. ZGB Art 655a Abs.2’de paylı bağımlı mülkiyet için “sürekli ortak amacı” aramaktadır. Sürekli ortak amaç, paydaşların paylaşma talebini ve yasal ön alım hakkını engeller.

Tüzük ortak kullanılan yerlere, “sosyal tesis, ticarî mahal, yüzme havuzu, tenis kortu” gibi denilerek örnek vermiştir. Yine bağımlı taşınmazın, taşınmaz yanında bağımsız bölümde ortak kullanıma ayrılmış yerlerde söz konusu olabileceğine de işaret etmiştir.

Bağımlama amacının ortak olması yanında, bu amacın sürekli olup olmaması bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Schneider’e göre, bağımlı taşınmazda amaç birden çok hakim taşınmaz için sürekli olarak belirlenebilir¹³; bu belirleme paylaşma anlaşmasında yer alır. Paylaşma anlaşmasında yer olan bu amacın sürekliliği sadece objektif kriterlerle değerlendirilemez¹⁴.

Bağımlama anlaşmasında bağımlama amacının ortak olması olgusu, subjektif-ayni bağlantı için yeterli ise de, bağımlamanın paydaşlar yönünden paylaşma talebini ve yasal ön alım hakkını engellemesi için amacın sürekli olması gerekir.

C. PASİF SUBJEKTİF-AYNI BAĞLANMA İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Paylı taşınmaz ve tartışmalı olmakla birlikte bu taşınmazdaki paylı mülkiyet de irtifak ve taşınmaz yükü gibi sınırlı bir ayni hakla sınırlanabilir. Bu takdirde aktif subjektif-ayni paylı mülkiyetten bahsedilir¹⁵.

Uygulamada daha az rastlanmakta olsa da, önemli bir diğer form ise, sınır çitler ya da işaret, kuyu, çeşme, harman yeri gibi yerlere ilişkin pasif subjektif-ayni paylı mülkiyettir. Bu ortak amaçlı paylı bağımlı taşınmaz, hak sahibi bir hakim taşınmaza subjektif-ayni olarak bağlanmaktadır. Pasif subjektif-ayni hak, diğer bağımlılıklara göre, yarar analizi yönünden, eşyaya bağlı hakka göre yoğunudur.

13 Schneider (n 10) 10 ff, 13.

14 Schmid (n 3) 281.

15 Schneider (n 10) 3.

Aktif subjektif-ayni hakka göre ise kısmen yoğundur¹⁶. Eşya hukuku anlamında taşınmazların birbirine bağıllığında bir yarar ortaklığı söz konusudur.

İlk olarak bu bağlantıda, pasif subjektif-ayni hakta hakkın süjeleri arasında ilişki söz konusudur. Ayni hakkın hak sahibi olan kişi aynı zamanda yararlanılan hakkın da sujesidir¹⁷. Diğer yandan, birbirine bağlanan iki hakkın konusu olan eşya birbiri ile irtibatlıdır.

Subjektif ayni bağlantı kamu hukuku ilişkisi içinde yararlanacak taşınmaz ile ya da kat mülkiyeti tabi bağımsız bölümlerle ilişki şeklinde karşımıza çıkabilir. Örneğin, ısınma tesisi ve tesisatı, doğal gaz tesisi ve tesisatı, yangın söndürme tesisi ve tesisatı vb.

Hukukumuzda, paylı mülkiyette ayni ve nispi olgularının karması subjektif-ayni bağlantı şeklinde kurulamaz¹⁸.

3. SUBJEKTİF-AYNI BAĞLANMANIN KONUSU

a. Genel Olarak

Subjektif-ayni bağlanmanın konusu taşınmazlardır. Neyin taşınmaz olduğunu TMK m.704 / ZGB Art. 655 belirlemektedir. Bu sebeple tek başına veya paylı mülkiyete konu olan arazi ve kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm –diğer kat maliklerinin rızası aranmaksızın – bağımlı/kayıtlı taşınmaz olabilir.

Bağımlı ve sürekli haklar da ayrı bir taşınmaz olarak tapu kütüğüne tescil edilmişse taşınmaz niteliğiyle bağımlı taşınmaz olarak hakim taşınmazla irtibatlanabilir. Kayıtlanan taşınmaz ortak amaç olarak inşaat hakkı şeklinde sürekli olarak temel taşınmazla irtibatlanabilir¹⁹.

Aktif subjektif-ayni hakkın konusunun paylı mülkiyet olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Tartışma paylı taşınmazda ya da hakim taşınmazda ve bu taşınmazlardaki paylı mülkiyetin irtifak ve taşınmaz yüküne konu olup olmayacağı konusundadır. Hakim görüş, olağan paylı mülkiyetin (kat malikine tabi bağımsız bölümün değil), irtifak hakkı sahibi hakim taşınmaz (ve de irtifakla yükümlü paylı taşınmazda) payın kurulacak bir irtifakla kayıtlanamayacağını savunmaktadır²⁰. Zira genel paylı mülkiyet ilişkisinde ilişki sürekli değil geçici bir ilişki olduğundan, hakim taşınmazda her paydaş her zaman paylaşmayı talep edebilir. Paydaşlar ön alım haklarını kullanarak kendi paylarını değiştirebilirler. Aktif subjektif-ayni bağlantı ile hakla bağlantılı olarak bağlanma amacı ve durumu teminat altına alınmaktadır; paylı mülkiyet topluluğunda paydaşlar arasındaki ilişkide ise bu nitelikte bağlanma amacı söz konusu değildir.

16 Bkz Hans Hinderling, 'Grunddienstbarkeit und Utilitätsprinzip' in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts* (Helbing Lichtenhahn 1975) 365 ff 370 ff.

17 Reto Mengiardi, *Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten* (Stämpfli Verlag 1972) 137 ff.

18 Benno Schneider, *Das schweizerische Miteigentumsrecht* (Stämpfli Verlag 197) 234 ff.

19 Mengiardi (n 16) 137.

20 Schneider (n 18) 75 ff; Mengiardi (n 16) 137 ff; Phil Peter Liver, *Das Miteigentum Als Grundlage Des Stockwerkeigentums in Adulf Peter Goop* (ed) *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer* (Schulthess Verlag 1963) 143, 184 ff 194 ff.

Hakim taşınmazdaki paylı mülkiyetin taşınmaz yüküne konu olup, olamayacağı noktasında ise, hakim görüş uyarınca, hakim taşınmazdaki paylı mülkiyetin taşınmaz yükü ile kayıtlanabileceği savunulmaktadır²¹. Mengiardi'ye göre ise farklı olarak, olağan paylı mülkiyetin ekonomik yapısının en azından belirli ve belirlenebilir nitelikte olmasından bahisle, taşınmaz yükü hak sahibi taşınmaz yönünden edim içeriğinde belirli olması gerekir, bu sebeple paylı mülkiyette taşınmaz yükü kurulamaz²². Bu konuda bir istisna olarak, yararlanma ve yönetim anlaşması ile bir paydaşın hakkı somut olarak belirlenmişse, bu takdirde taşınmaz yükü ile pay kayıtlanabilir²³.

Olağan paylı mülkiyette aktif subjektif-ayni bağlantının yani irtifak ve taşınmaz yükünün sınırlı bir ayni hak olarak kurulamayacağı görüşü kabul edilirse, aynı görüşün gerekçelerinden hareket edilerek, pasif subjektif-ayni bağlantı olacak şekilde bağımsız her bir paylı mülkiyetin bağımlı hak şeklinde, hakim bir taşınmaza bağlanması şeklinde, bağımlı paylı mülkiyet kurulamayacağı kabul edilir. Tam tersine paylı mülkiyette aktif subjektif-ayni bağlantının yani irtifak hakkı veya taşınmaz yükünün kurulabileceği kabul edilirse, aynı gerekçelerle her paydaş kendi paylı mülkiyetini bir hakim taşınmaza subjektif ayni bağlantı ile bağmlayabilir. Reform sonrası eklenen ZGB Art.655a bu hususta bağımlı mülkiyet veya bağımlı paylı mülkiyet kurulabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeyi incelerken, bağımsız bir paylı mülkiyetin İsviçre hukukunda bir taşınmaz olarak kabul edildiği ve tapu sicilinde ayrı bir sayfaya yazılabildiği göz ardı edilmemelidir.

b. TST m.29'a göre

Pasif subjektif-ayni bağlantıyı düzenleyen TST m.29/1 hükmüne göre, “*Sosyal tesis, ticarî mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi taşınmaz veya bağımsız bölümler ortaklaşa kullanıma ayrılmış ise, malik sütununa yararlanan taşınmazların ada ve parsel veya bağımsız bölüm numaraları yazılır*”. Bu hükümden anlaşılaacağı üzere, iki taşınmaz söz konusu olmalıdır: Kayıtlanan/bağımlı taşınmaz (bu taşınmaz bağımsız bölüm olabilir) ve yararlanan yani hakim taşınmaz (bu taşınmaz da bağımsız bölüm olabilir). Bağımlı ya da yararlanan taşınmaz birden fazla taşınmaz ya da bağımsız bölüm olabilir. Bağımlı taşınmazda ortaklaşa kullanılan yerler, yararlanan/hakim taşınmazla aynı ada ve parsel içerisinde olabileceği gibi, ortak sınırı olmaksızın ayrı ada ve parsellerde de bulunabilir (TST m.29/1).

Hakim taşınmazla diğer – yararlanan – taşınmaz arasında subjektif-ayni bağmlama olmalıdır. Bu bağlantının subjektif ve ayni bağlantı şeklinde olduğunu, bağımlı taşınmazın “malik sütununa yararlanan taşınmaz” tapu bilgilerinin yazılmasından anlamaktayız.

Bu ayni bağmlamada, bağımlı taşınmazın “sosyal tesis, ticarî mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi” hakim/yararlanan taşınmazın “ortaklaşa kullanıma ayrılmış” olması gerekir. Bağımlı taşınmazın kurulabilmesi için bağımlı taşınmazın “ortaklaşa kullanılmış olması” aranmaktadır. Bu hüküm

21 Meier-Hayoz (n 2) Art 646, N 42; Robert Haab ‘ZGB Art 646’ in Robert Haab and August Simonius and Werner Scherrer and Dieter Zobl *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar) IV. Band: Das Sachenrecht Erste Abteilung Das Eigentum Art.641 bis 729* (2, Auflage, Schulthess Verlag 1977) N 12.

22 Mengiardi (n 16) 143 ff.

23 Schneider (n 10) 5.

metninden hareket edilirse, bağımlı taşınmaz malikleri de bu ortaklaşa alanların kullanıma devam edeceği anlamı çıkmaktadır.

TMK bağımlı mülkiyet ve bağımlı paylı mülkiyeti düzenlenmemiştir. TSK m.29 hükmü de konuyu sadece bağımlı mülkiyet yönünden düzenlemiş; bağımlı paylı mülkiyeti düzenlenmemiştir. Bu noktada kanun koyucunun bilinçli olarak bağımlı paylı mülkiyet ilişkisinin subjektif-ayni bağlantı şeklinde kurulmasını istemediği sonucuna ulaşılabiliriz.

Bu yorum bağimlanacak taşınmazın paylı taşınmaz ya da paylı bağımsız bölüm olmasına engel değildir. Paylı taşınmazın veya paylı bağımsız bölümün tüm paydaşları oybirliği ile bağımlı taşınmaz ilişkisi kurabilirler (TMK m. 682).

Bağımlanacak paylı taşınmazdaki ya da paylı bağımsız bölümdeki paylı mülkiyetin bağımsız olarak tek başına hakim taşınmaza bağlanabilmesini Türk kanun koyucusu kabul etmemiştir. Bu yaklaşımda paylı mülkiyetin nitelik ve özelliği etkili olmuştur. Hatta TST m.29(4) hükmü, “*Ortaklaşa kullanılan yerler, kanuni istisnalar dışında, yararlanan bütün taşınmaz maliklerinin birlikte istemleri olmadan paylı mülkiyete dönüştürülemez.*” şeklinde getirdiği hükümle tek başına mülkiyetin paylı mülkiyete dönüşmesini engellemiştir. Aşağıda üzerinde duracağımız üzere, bir paylı taşınmazda karma şekilde yani hem olağan paylı mülkiyet hem de bağımlı paylı mülkiyet kurulamayacağı görüşü de bu yaklaşımı desteklemektedir.

Öte yandan istisna olarak bir paydaşın taşınmazdaki kendi paylı mülkiyetteki payını diğer paydaşlardan bağımsız olarak tek başına bir hakim taşınmaza bağlayabilmesi söz konusu olabilir. Paydaşlar TMK m.689 hükmüne göre bir yararlanma ve yönetim anlaşması yapmış olabilirler ve bunu tapu siciline şerh edebilirler. Bu anlaşmada bir paydaşın taşınmazdaki yararlanma yeri, yararlanma şekli ve biçimi belirlenmişse ve bu yerden yararlanmayı bir paydaşa bırakmışlarsa, bu takdirde bu pay, hakim taşınmazla ortaklaşa kullanım amacına uygun olarak, bağımlı paylı mülkiyetin konusu olabilir.

Türk hukukunda, TST m.29 hükmü, paylı mülkiyette paydaşın paylı mülkiyeti sona erdirmeye (paylaşma) yetkisini sınırlayan bir hüküm olarak TMK m.698 hükmüyle birlikte ele alınmalıdır. Bu hükme göre paydaşlar “*paylı malı sürekli bir amaca özgülemişlerse*” bu özgüleme paylaşma taleplerini engeller. Bir taşınmazın diğer bir hakim taşınmaza bağimlanması sürekli bir ortak amaca özgüleme niteliğinde ise (genelde bu niteliktedir) bağimlama paydaşlar için paylaşmayı talep engeldir.

D. KARMA (BAĞIMLI VE BAĞIMSIZ BİRLİKTE) PAYLI MÜLKİYET

ZGB Art.655a öncesi İsviçre hukukunda hak konusu aynı ve tek bir taşınmaz üzerinde hem bağımlı paylı mülkiyetin ya da sınırlı bir ayni hakkın, hem de bağımsız paylı mülkiyetin karma biçimde kurulmasının imkansız olduğu kabul edilirken²⁴, yeni hüküm sonrası, tartışmalı olmakla birlikte söz konusu ihtimallerin mümkün olduğu savunulmaktadır²⁵. Örneğin araç park alanı olarak hakim

24 Schmid (n 3) 282.

25 Bu tartışmalar için bkz Oliver Reinhardt and Riccardo Brazzerol ‘Die Mischung von selbstständigem und unselbstständigem

taşınmaz hak sahibi iken, aynı anda ya da sonradan serbest devredilebilir hak olarak otopark işletilmesi için irtifak hakkına konu edilebilmesi gibi.

Doktrinde bağımlı ve bağımsız paylı mülkiyetin karma şekilde yapılıp yapılmayacağı hususu halen tartışılmaktadır²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi bu konuyu çözümlememiştir²⁷. Bu tartışmanın temelinde sürekli ortak amaç belirlenmesinin kayıtlı/bağımlı taşınmazda paylı mülkiyetlerin bir kısmına ilişkin olup olmayacağı yatmaktadır²⁸.

ZGB Art.655a metninin, söz konusu karma modele imkan vermemekten ziyade, aksine buna imkan tanıdığı bazı yazarlarca kabul edilmektedir. Bu durumda da hem bağımlı hem de bağımsız paylı mülkiyet durumunda olan kayıtlı taşınmazda, bağımsız paylı maliklerin paylaşma talebi haklarının olup olmadığı tartışması gündeme gelir. İsviçre doktrinde bazı yazarlar bu hakkı olmadığını savunurken²⁹, bazı yazarlar buna imkan tanımaktadır³⁰. Bir payın devri halinde, bir ortak amaçla ilgili değilse, diğer tüm paydaşlar ön alım hakkını kullanabilir³¹.

Türk hukuku bakımından bu konuda ZGB rt.655a gibi bir düzenleme olmadığından, karma yani hem bağımlı hem de bağımsız birlikte paylı mülkiyetin söz konusu olmayacağını belirtelim.

E. ZORUNLU PAYDAŞ TOPLULUĞU

Hakim bir ya da birkaç taşınmazın, bir başka bağımlı taşınmazın bir ortak amaçla olarak subjektif-ayni bağlantı ile bağlandığı durumlarda bağımlı mülkiyet söz konusudur.

Bağımlı taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ve ortak amaç sürekli ise, bağımlı paylı mülkiyet söz konusudur³².

Hakim taşınmaza paylı-taşınmazın subjektif-ayni bağlantı ile bile bağlanması ile birlikte ona bağımlı hale gelir. Böyle bir durumda, hakim ve bağımlı taşınmazlar ve onların paydaşları arasında bir “zorunlu topluluk” (Zwangsgemeinschaft) oluşur³³.

Zorunlu topluluktaki ilişki, paylı mülkiyet topluluğunkinden, oldukça farklı, yoğun ve sıkı bir ilişkidir.

Miteigentum an Grundstücken’ ZBGR (2014) (5), 289 289 ff; Fasel (n 1) Art 95, N 15 ff.

26 Kabulü yönünde bkz Schmid (n 3) 377. Reddi Yönünde bkz Schneider (n 18) 282.

27 BGE 130 III 306 E. 3.3.1.

28 Brunner and Wichtermann (n 2) Art 650 N 2.

29 Reinhardt and Brazerol (n 25) 296.

30 Jürg Schmid, ‘Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen’ ZGBR (2010) (6) 372, 378.

31 Schmid (n 30) 379.

32 Bağımlı ve bağımsız ayrımında, iki taşınmaz arasında subjektif ayni bağlantı ve bu bağlantının sürekli bir amaca özgülmesi genelde karıştırılmaktadır. Bu hususa ilişkin açıklığı sağlamak ve hukuk güvenliğini tesis etmek amacıyla ZGB Art 655a hükmü getirilmiştir ((Schmid (n 3) 277 ff.). Aynı Zamanda AGBV Art 32’nin (Yeni GVB Art 95) kanuni dayanağı oluşturulmuştur.

33 Lorenz Strebel and Hermann Laim ‘Art 655a’ in Thomas Geiser and Wolf Stephan (eds) *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019) Art 655a N 79.

Bu topluluğun zorunluluğu, hakim taşınmaz lehine ve onun üstün yararını sağlamaya yönelik şekilde maddidir. Bağımlı-paylı-taşınmaz bir hakim taşınmaz lehine mülkiyet hakkından özveride bulunmaktadır. Zorunluluk topluluğun belirli içerikteki ortak, bazen de sürekli bir amacının gerçekleşmesine yöneliktir.

Bu zorunluluk hakim ve bağımlı taşınmazları çözülemez şekilde birbirine bağlar. Bağımlı-paylı – taşınmaz hakim taşınmazın hukuk akıbetine tabi olmasını ve bağımlı-paylı-mülkiyette maliklerin ya da paydaşların haklarının sınırlandırılması sonucunu doğurur. Hakim taşınmazın maliklerinin bu bağımlılamadan dolayı mülkiyet yetkileri sınırlandırılmaz.

IV. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYET ÇEŞİTLERİ

A. GENEL OLARAK

Subjektif – ayni bağlantı taşınmaz hukukunda belirlilik ve tipiklik ilkesine uygun olarak kanundan ve tarafların iradesinden kaynaklanır. Buradan hareketle bağlı paylı mülkiyetin iki çeşidinden bahsedebiliriz: Kanundan doğan – paylı – mülkiyet ve İradeden doğan – paylı – mülkiyet.

B. KANUNDAN DOĞAN – PAYLI – MÜLKİYET

Subjektif-ayni bağlantı kanundan, örneğin subjektif-ayni birlikte mülkiyet komşuluk hukukuna ortak sınırdan (TMK m. 721/ZGB Art.670) ya da iradeden kaynaklanır. Bir eşyanın diğer eşya ile bağlantısı taşınmaz hukukunda da söz konusudur.

Taşınmaz hukukunda, örneğin bir taşınmaz irtifakında, bir bağımlı taşınmaz için ayni bir irtifak yükümlülüğü diğer paylı taşınmaz için irtifak hakkı sağlayabilir. Taşınmaz hukukunda subjektif-ayni bağlantı, hakim/temel taşınmaz malikine ayni hak sağlamakta ve ona karşı diğer taşınmazı yükümlülükler altına sokmaktadır. Bu da yükümlü taşınmazla ilgili hakların bağımlı hale gelmesi anlamına gelir. Bu bağlantıyla yükümlü taşınmaz malikinin söz konusu hakları olmaksızın sahip olunan taşınmaz artık o haktan bağımsız olarak devredilemez veya rehin edilemez.

Bir irtifak ya da taşınmaz yükü, kişisel irtifakların aksine, sadece hakim taşınmazla birlikte devredilir ve temel/hakim taşınmazın rehni kapsamında değerlendirilir. Bu ayni yetkilendirme ile hak sahibinin kişisel yetki sahibi olabilmesi hakim taşınmazda ayni hak sahibi olmasına bağlıdır.

Bu ortak amaç kamu hukukundan kaynaklanan bir ortak amaç da olabilir.

C. İRADEDEN DOĞAN – PAYLI – MÜLKİYET

Subjektif-ayni bağlantı, hakim taşınmazın birlikte maliklerinin ortak amacına uygun olarak kanun tarafından (örneğin TMK m.721'deki ortak sınırdaki olduğu gibi) düzenlenebileceği gibi, tipiklik ilkesi kapsamındaki sözleşmelerle de düzenlenebilir.

Taşınmaz maliki (ya da malikleri), başka bir paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmaz paydaşları ile anlaşarak, belirli ortak amaçları için kayıtlı paylı taşınmazda subjektif-ayni hak sahibi olabilirler.

Tapu sicilinde düzenlenen resmi anlaşmanın yapılması ve tapu siciline verilen şerh ile birlikte subjektif-ayni etki doğmaya başlar ve kayıtlanan taşınmaz, hakim taşınmaza bağımlı hale gelir.

V. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYETİN HUKUKİ DAYANAĞI: MEHAZ ZGB ART.655A HÜKMÜNDEKİ BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYET DÜZENLEMESİ

A. GENEL OLARAK

İsviçre hukukunda bağımlı mülkiyet (bağımlı paylı mülkiyet), 11.12.2009'da kabul edilen ve 01.01.2012 tarihinde yürürlüğe giren taşınmaz ve tapu sicili revizyonunda ZGB Art. 655a hükmünde özel olarak düzenlenmiştir³⁴. Bu hükmün tapu sicili uygulaması GBV Art.95 hükmünde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerle İsviçre kanun koyucusunun ilk sıradaki amacı konuya açıklık sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamaktadır³⁵.

ZGB Art.655a sadece bağımlı paylı mülkiyeti değil, onunla birlikte genel olarak bağımlı mülkiyeti düzenlemiştir³⁶. Türk Medeni Kanunu'nda böyle bir açık yasal düzenleme bulunmamaktadır.

ZGB Art.655a/I gereği iki taşınmazdan biri olan bağımlı taşınmaz hakim taşınmaza bağlanarak, onun mukadderatına tabi tutulmaktadır³⁷. ZGB Art.655a/II, bir paylı mülkiyetin veya paylı mülkiyetin bir kısmının ya da hepsinin, bir veya birden fazla temel taşınmaza, sürekli amaç için bağlanmasını düzenlemektedir³⁸.

ZGB hükmündeki düzenlemeden önce, Türk hukukunda da TST m.29 olduğu üzere, iki ya da daha fazla taşınmaz arasındaki ortak amaç için subjektif-ayni bağlantı, İsviçre hukukunda GBV Art.32 hükmünde düzenlenmekteydi. ZGB Art.655a hükmünün ilavesi sonrasında GBV Art.95 düzenlenmiştir.

34 Bettina Hürlimann-Kaup, Neuerungen beim Miteigentum und beim Stockwerk – eigentum in: Wolf Stephan (ed) *Revision des Immobiliarsachenrechts* (2011) 71, 87 ff; Schmid (n 30) 375.

35 Schmid (n 30) 375; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 2.

36 Christina Schmid-Tschirren 'Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung' in Stephan Wolf (ed) *Revision des Immobiliarsachenrechts Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27. Oktober 2011* Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Vol 12 (Stämpfli Verlag 2011) 1, 12.

37 Bkz Schmid (n 30) 375.

38 Bkz Schmid (n 30) 376 ff.

B. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYET DÜZENLEMESİ (ZGB ART.655)

Bağımlı mülkiyet (bağımlı paylı mülkiyet) ZGB Art.655a hükmünde özel olarak düzenlenmiştir³⁹. tapu sicil düzenlemesinde ise GBV Art.95 hükmünde ele alınmıştır. Bu düzenlemenin amacı konuya açıklık sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamaktır⁴⁰. ZGB Art.655a aynı zamanda Art.95’in maddi temelini teşkil etmektedir.

ZGB Art.655a hükmüne göre, hakim taşınmazın malikleri ile diğer – bağımlı – taşınmazın malikleri bir taşınmazı diğer hakim taşınmaza aynı olarak bağimlayabilirler. Bu subjektif-ayni bağıllığı sebebiyle artık bağımlı taşınmaz sahipleri – ya da paydaşları – kendi başına mülkiyet haklarında – paylı mülkiyet hakları üzerinde – tasarruf edemezler; bu haklarını devredemezler, rehin edemezler; hakla bağdaşmayan başka bir hakla kayıtlamazlar (ZGB Art.655a/I)⁴¹.

ZGB Art.655a/II bağımlı paylı mülkiyeti, sürekli ve otak amaçla bağlantılı olarak⁴² bağımlı taşınmazın paylı mülkiyete tabi olduğu durum olarak düzenlemiştir⁴³. Bu düzenleme sadece paylı mülkiyete ilişkindir. Bağımlı paylı mülkiyetin sürekli amaca hizmet yapısına uygun olarak, bağlı taşınmaza paylı malik olanlar ön alım hakkını kullanamazlar ve paylaşma talep edemezler.

Paydaş hak sahibi, hakim taşınmaz üzerindeki payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir; bu tasarrufu bağımlı (subjektif-ayni) paylı mülkiyeti de etkiler. Hakkın sürekli amaca hizmet etme niteliği, bağımlı taşınmazın paydaşlara paylı mülkiyetin sona erdirilmesi talebinin kullanılmasını engeller⁴⁴ ve bağımlı paylı mülkiyet hakkı sahibinin ön alım hakkı söz konusu olmaz (ZGB Art.655a/II)⁴⁵.

Mehaz ZGB Art.655a hükmünde, 01.01.2012 tarihinde yürürlüğe giren ek bir madde ile özel durum olarak “bağımlı mülkiyeti” ve “bağımlı paylı mülkiyet” düzenlemiştir. Böylelikle doktrinde yapılan bağımlı taşınmaz ve bağımsız taşınmaz ayrımı İsviçre’de hukuki zemine oturtulmuştur; boşluk⁴⁶ yasal düzenleme ile doldurulmuştur⁴⁷.

aGBV Art.32, bizim TST m.29’e benzer bir hükmü ihtiva etmektedir. ZGB değişikliği sonrasında ise bağımsız paylı mülkiyetin tapu kütüğüne tescili yeni GVB Art.95 I ve V’de düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, bağımlı mülkiyet düzenlenmesi halinde, bağımlı taşınmazın tapu sicilindeki sayfasının mülkiyet bölümüne malikin adı yerine hakim taşınmazın bilgileri yazılır (GBV Art.95/I). Bağlantı, tapu sicilinde hakim taşınmazın şerhler bölümüne kaydedilir (GBV Art.95/V).

39 Mülkiyetin kamu hukukundan doğan sınırlaması olarak bağimlama yükümlülüğü revizyonu (ÖREB) için bkz Schmid-Tschirren (n 36) 18 ff. Bağımlı mülkiyetin bir çeşidi olarak karşı. ZGB Art 962a.

40 Schmid (n 30) 375; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 2.

41 Bkz Schneider (n 10) 1 ff; Schmid (n 3) 284.

42 Hürliemann-Kaup (n 34) 93 95.

43 Hürliemann-Kaup (n 34) 92; Schmid-Tschirren (n 36) 376.

44 Liver (n 2) 59; Rey (n 6) N 632.

45 Bkz Schmid (n 3)283; Schneider (n 10) 1 ff; Brunner and Wichtermann (n 2) Art 646, N 2.

46 Liver, burada kanun boşluğu olmadığını, GBV Art 32 hükmünün bu konuda pozitif düzenleme olduğunu; zira GBV’nin boşluk doldurucu fonksiyonu olduğunu savunmaktadır bkz Liver (n 10) 17.

47 Schmid-Tschirren (n 36) 10.

Bu bağlantıyla birlikte, taşınmazlar üzerindeki tasarrufların birbirine bağı olarak tapu sicilinde yürütülmesi, özellikle bağımlı taşınmazın ayrı bir şekilde devredilmesinin ve yükümlülük altına sokulmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

Bağımlı taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise tüm paydaşların bu bağlantı anlaşmasına rıza vermeleri gerekir. Bu anlaşma tapuda resmi şekilde düzenlenebilir ya da paydaşlar bu anlaşmayı noterde düzenleyebilirler. Yine bu anlaşma ile birlikte bağı mülkiyet sahibi paydaşlar önalım hakkından ve paylı mülkiyetin sona erdirilmesi talebinden vazgeçerler (GBV Art.95/II).

Bağılantı, bağı paylı mülkiyet üzerinde rehin ve taşınmaz yükümünün olmaması, örneğin irtifak hakkı ile kayıtlanmamış olması gerekir. Bu haklar hakim taşınmaza devredilip, bağımlı taşınmazdan terkin edilebilir (GBV Art.95/III). Bağımlı taşınmaz paylı mülkiyet hükümlerine tabi ise, bağlantı süresince hakim taşınmaz da rehin ve taşınmaz yükümlerinden arındırılmış olmalıdır (GBV Art.95/IV). Söz konusu kısıtlamalar sadece yükümlenen – yararlanılan, kayıtlanan – taşınmaz için geçerlidir. Böylelikle, kanun değişikliği ile bağımlı taşınmaz hakim taşınmazın bir parçası haline getirilmiş ve bu sebeple taşınmazın bireysel olarak sınırlandırılmasına imkan tanınmamıştır⁴⁸.

C. TÜRK HUKUKUNDA YÜRÜRLÜKTE OLAN DÜZENLEME (OLAN HUKUK YÖNÜNDEN (DE LEGE LATA))

2011 sonunda yapılan ZGB Art.655a hükmü ilavesine kadar ZGB’de hüküm olmasa da aGBV Art.32’de⁴⁹ ve TMK’unda halen açık yasal bir düzenlemesi olmasa da, TMK m. 689 hükmüne dayanılarak Tapu Sicil Tüzüğü madde 29’da ortaklaşa kullanılan yerlerin tapuya yazılımasına imkan tanıyan bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hüküm, GBV Art.32’ye benzer şekilde bağımlı mülkiyeti salt tapu sicil hukuku yönünden düzenlemiştir:

TST m.29 hükmüne göre, “(1) Sosyal tesis, ticarî mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi taşınmaz veya bağımsız bölümler ortaklaşa kullanıma ayrılmış ise, malik sütununa yararlanan taşınmazların ada ve parsel veya bağımsız bölüm numaraları yazılır. (2) Ortaklaşa kullanılan yerler, yararlanan taşınmazlarla aynı ada ve parsel içerisinde olabileceği gibi, ortak sınırı olmaksızın ayrı ada ve parsellerde de bulunabilir. (3) Yararlanan taşınmazların kütük sayfasının beyanlar sütununa, ortaklaşa kullanılan taşınmazın, hangi ada ve parsel veya bağımsız bölümle ortak olduğu belirtilir. (4) Ortaklaşa kullanılan yerler, kanunî istisnalar dışında, yararlanan bütün taşınmaz maliklerinin birlikte istemleri olmadan paylı mülkiyete dönüştürülemez.” Bu hükmü yukarıda incelemiş idik.

TST hükmünden anlaşılacağı üzere, ilgili hüküm bağımlı taşınmazın (bağımsız bölüm) ortaklaşa kullanılan yerlerin malikinin yararlanılan taşınmaz (ya da bağımsız bölüm) olabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme teknik bir tapu sicil hükmüdür⁵⁰. Hükümde doğal olarak iki taşınmaz arasındaki pasif subjektif-ayni etki açık olarak düzenlenmemektedir. Düzenlemeden bu etkinin hakim taşınmazla bağımlı taşınmaz ilişkisinde var olduğu anlaşılmaktadır. Hükümde bağımlı

48 Bu konuda bkz Fasel (n 1) Art 95 N 38 ff.

49 Bkz Schmid (n 30) 374.

50 Liver (n 10) 10 ff ve özellikle 17.

taşınmazın hüküm ve sonuçları da düzenlenmemiştir, örneğin bağımlı paylı mülkiyette paydaşların paylaşmayı talep haklarının olmadığı belirtilmemiştir⁵¹.

Bu tapu sicil hukuku hükmünün TMK’unda maddi temelinin olmaması yadırganmalıdır. Zira bu düzenleme bağı mülkiyet (ya da paylı bağı mülkiyet) kurumuyla ortaklaşa kullanılan yerlerin paylı mülkiyete dönüşümü engellemek gibi bir tasarruf sınırlandırması getirmektedir. Mülkiyet hakkından doğan bir tasarruf sınırlandırılması kanunilik ve numerus clausus ilkesi gereği kanunla yapılması gerekir.

Yine bu tapu sicil hükmü bağımlı taşınmaz malikinin veya paydaşlarının tasarrufuna açık bir maddi hukuk kuralı olarak ön alım ve paylaşma engeli getirmemektedir. Bu tür mülkiyetin içeriğine ait sınırlamalar kanunla düzenlenmesi gerektiğinden beklenemez de. Bu yönüyle yükümlü taşınmazın bağımlılığı, hukuki sonuçlarıyla tam anlamıyla sağladığından da bahsedilemez.

Paylı mülkiyet topluluğunun paylı taşınmazdaki amaç belirlemesinin onların hukuki haleflerini bağlaması önem taşır. Real borçlar hukuku anlamında bağımlılık paydaşların paylı taşınmazının hakim taşınmaza sürekli amaç ile hizmet etmesinin sağlanması anlamında önem taşır. Bu konuda yararlanılacak pozitif hükümlerden biri TMK m.689 ve m.692’dir. Bu hükümlerden yararlanarak paydaşlar oybirliği ile ortak ve sürekli amaca uygun olarak yararlanma anlaşması düzenleyebilirler. Paydaşlar noterden imza tasdiki şeklinde yaptıkları anlaşmayı paylı taşınmazda tapu kütüğüne şerh ederek cüzi haleflerini bağlayabilirler.

Bağımlı taşınmaz paydaşlarının hepsi önalım hakkından resmi şekilde feragat ederek, bu feragatlerini tapu siciline şerh edebilirler (TMK m. 733/II). Şerh edilmese bile görüşümüze göre paydaşın önalım hakkını kullanma engeli subjektif-ayni bağımlılık niteliğinin sonucudur⁵².

İlaveten subjektif-ayni bağımılanın sürekli ortak amaca hizmet ettiği durumlarda, TMK m. 698/I hükmündeki paydaşlar arasında bir paylaşma engelinin varlığından bahsedilebilir. Bu engel ön alım hakkı bakımında da ortak amacın gerçekleşmesini sağlayan subjektif-ayni bağımlılık niteliğinin sonucudur⁵³.

D. TÜRK HUKUKUNUN OLMASI GEREKEN HUKUK AÇISINDAN (DE LEGE FERENDA) ELE ALINMASI

Türk hukukunda bağımlı mülkiyetin ve bağımlı paylı mülkiyetin yasal düzenlemeye tabi tutulması zorunluluğu mevcuttur. Olan hukukta bu konunun hukuki olgularının kanunda düzenlenmemesi, hukuki sonuçlarının kısmen dolaylı hükümle düzenlenmesi söz konusudur. Eşya hukuku genel ilkelerinden ve kurumun nitelik ve özelliğinden hareketle bu kurumun hukuki olgularına ve sonuçlarına yorum yoluyla ulaşılabilmektedir.

51 Schmid (n 3)281 ff.; Schneider (n 10) 1 ff ve özellikle 8.

52 Schmid (n 3) 281; Schneider (n 10) 8.

53 Schmid (n 3) 282; Schmid (n 30) 375.

Olan hukuk yönünden konuya bakıldığında eşya hukukuna hakim tipiklik, belirlilik ve tescil ilkesi gereği bu konudaki boşluğun doldurulması, konunun açıklığa kavuşması ve farklı yorumlara sebep olmamak için kanuni bir düzenleme yapılması gerekir.

Aşağıdaki konuların yeni kanun hükmüyle TMK’unda düzenlenmesi gerekir:

-Bir (bağlı) taşınmazın sürekli amaç için diğer (hakim) taşınmaza yapılacak bir – bağlama – anlaşmasıyla bağlanabilmesi;

-Bu bağlama anlaşmasının ortak amacı sağlayacak, real borç ilişkisinin şerhi ile değil, bir subjektif-ayni bağlantı ile sağlanması;

-Bağlama anlaşmasının tüm maliklerin (ve de onların paydaşlarının) katılımı ile resmi şekilde yapılabileceği;

-Bu bağımlılığın taşınmazların tapu kütüğünde şerh edilebileceği;

-Bağlama anlaşmasının şerhi ile birlikte hakim taşınmazdaki bir ayni tasarrufun, devrin ya da sınırlı ayni hakkın kurulamayacağı, rehin verilemeyeceği, intifa hakkına konu edilemeyeceği, irtifak hakkına konu edilemeyeceği, bağımlı taşınmazda etkili olduğu (onun hukuki geleceğine tabi olduğu);

-Bağlama anlaşmasının şerhi ile birlikte bağımlı taşınmazda maliklerin (paydaşların) ayni tasarrufta bulunamayacağı;

-Bağımlı paylı taşınmaz söz konusu ise, ortak amaç sürekli nitelikte ise, paydaşların paylaşma talep edemeyeceği ve yasal önalım haklarını kullanamayacağı.

Boşlukların doldurulması için ZGB Art.655a ve GBV Art. 95 hükümleri model alınabilir.

VI. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYETİN NİTELİĞİ

Bağımlı paylı mülkiyet durumunda en az iki eşya (taşınmaz) arasında⁵⁴, bir subjektif-ayni bir bağımlama ilişkisi söz konusudur. Bu durum doktrinde alt paylı mülkiyet (Untergemeinschaft) olarak da isimlendirilmektedir.

Bu subjektif-ayni bir ilişkiden doğan hak, eşyaya bağlı ayni hak niteliğindedir. Bir ayni hakkın sujesi (sahibi) kimse, o kişi aynı zamanda diğer hakkın da sahibidir, malikidir. Yani her taşınmazın maliki kimse, subjektif-ayni bağlantı ile bağmlanan kayıtlı taşınmazda da ayni hak sahibidir.

54 Tufan Ögüz, *Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri* (Alfa Kitabevi 1995) 111.

İsviçre hukuk doktrinde, bağımlı – paylı – taşınmazın hukuki durumu ilgili olarak, nitelikleri farklı olsa da, eklenti benzetmesi yapılmaktadır⁵⁵. Gerçekten eklentide de subjektif-aynı ilişki söz konusudur.

VII. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYETİN KURULUŞU

Bağımlı mülkiyet, hakim taşınmazın ve bağımlı taşınmazın maliklerinin tamamının şahsen ya da vekilleri aracılığı ile katıldığı resmi senetle kurulur⁵⁶. Eğer taşınmazlar paylı mülkiyete tabi ise tüm paydaşlar anlaşmaya katılmalıdır⁵⁷. Mehaz GBV’de olduğu üzere anlaşmanın noterde düzenlenmesine imkan tanınmalıdır.

Resmi senet sonrası bağımlı paylı taşınmazın tapu siciline yapılacak şerh, subjektif-aynı ilişkide kurucu etkilidir⁵⁸. Hakim taşınmazın tapu sicilinde yapılacak beyan kaydı ise kurucu nitelikte değildir⁵⁹.

Bağımlı paylı mülkiyete ilişkin tapu sicil işlemleri, TST m.29’da (paralel olarak aGBVArt.3) düzenlenmiştir. Yeni ZGB Art.655a düzenlemesi sonrasında ise GBV Art.95 hükmünde ele alınmıştır.

TST m.29 f. (1) ve (3) hükmüne göre, bağımlı/yararlanılan taşınmazın malik sütununa hakim/temel/yararlanan taşınmazların ada ve parsel veya bağımsız bölüm numaraları yazılır. Hakim/temel/yararlanan taşınmazların kütük sayfasının beyanlar sütununa, ortaklaşa kullanılan taşınmazın, hangi ada ve parsel veya bağımsız bölümle ortak olduğu belirtilir. Tüzük, bağımlı mülkiyet yönünden düzenleme getirmişse de, bağımlı/kayıtlı/yararlanılan taşınmazın paylı mülkiyete tabi olması bir engel teşkil etmez. Paylı bağımlı mülkiyet de Türk hukuku bakımından kurulabilir.

GBV Art.95/III hükmü, bağımlı taşınmazın hakim taşınmazla irtibatlanması için, kayıtlanan taşınmazın rehin hakkı veya bir yük ile yükümlenmemiş olması gerektiğini düzenlemektedir. İrtifak hakları ise, hakim taşınmaza devredilebilir⁶⁰.

55 Liver (n 10) 17; Schmid (n 30) 375; Flurina Hitz, “Art. 655-666b, 713-729 ZGB” in Peter Breitschmid and Alexandra Jungo (eds) *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht* (3.Auflage, Schulthess Verlag 2016) Art 655a N 5; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 3.

56 Schmid-Tschirren (n 36) 10.

57 Doktrinde bazı yazarlar, paylı mülkiyette ortak amaç dışında bağlanma halinde, sadece ilgili taşınmaz paydaşının anlaşmaya katılımını yeterli görmektedir, bkz Jürg Schmid and Ruth Arnet, ‘Article 946 ZGB’ in Thomas Geiser and Stephan Wolf (eds), *Zivilgesetzbuch II Art 457-977 ZGB* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2023) Art 946, N 13a; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 5.

58 Brunner and Wichtermann (n 2) Art 646 N 3; Schmid (n 3) 282; BGE 100 II 310, sayfa numarası 313.

59 BGE 130 III 306 E.3.3.3.

60 Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 4.

VIII. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYETİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Yukarıda açıkladığımız üzere, bağımlı taşınmaz, bir hakim taşınmazla irtibatlanmışsa bağımlı mülkiyet; paylı mülkiyet hükümlerine tabi bir bağımlı paylı taşınmaz (ya da paylı taşınmazdaki bir pay), bir veya birden fazla hakim taşınmaza belirli sürekli bir ortak amaç için subjektif-ayni olarak bağlanmışsa bağımlı paylı mülkiyet söz konusudur⁶¹.

Hak sahibi hakim/temel taşınmaz (taşınmazdaki bağımsız bölüm maliki ya da maliklerin) ya da taşınmazların malikleri lehine bir amacı gerçekleştirmek üzere, bağımlı taşınmaz(lar)da özel sokak, ya da bahçe, giriş yolu gibi erişim tesislerle ve oyun alanı, spor alanı, yüzme havuzu, otopark gibi⁶² ortak tesislerle bağımlılık ilişkisi içindedir; bir subjektif-ayni mülkiyet söz konusudur. Bağımlı – paylı – taşınmaz, yararlanan hakim taşınmazın hukuki mukadderatına tabi olur. Bunun sonucu olarak, hakim taşınmazda ya da o taşınmazdaki payda yapılan tasarruflar, bağımlı taşınmaz ve o taşınmaz üzerindeki pay(lar) da etkili olur.

Paylı mülkiyetin hakim taşınmazla olan subjektif-ayni bağlantısı sebebiyle bu bağlantı tek taraflı olarak kaldırılamaz veya başka bir taşınmaz üzerine devredilemez. Paylı mülkiyetteki subjektif-ayni bağlantı bağlı taşınmazın paydaşlarının oybirliği ile hakim taşınmaz malikleri ile anlaşmak suretiyle kaldırılabilir; bağımlı taşınmazın maliklerinin tümü anlaşarak tek taraflı olarak her zaman subjektif-ayni bağımlılığı ortadan kaldıramazlar.

İsviçre hukukunda ZGB 655a/II hükmü, paylı mülkiyete tabi bağımlı taşınmazın sadece tamamı için değil, bu taşınmazdaki bir paylı mülkiyet payı için de sürekli ve ortak amacı olan zorunlu paydaş topluluğunu düzenlemiştir. Bu sürekli ve ortak amacı olan paydaş topluluğu ilişkisinin zorunluluğu olarak, bireysel veya paylı mülkiyete tabi veya kat mülkiyeti kurulmuş bir bağımlı taşınmaz, başka bir hakim taşınmaza subjektif-ayni olarak iradi tasarrufla bağlanmaktadır; böylelikle bağlanan taşınmaz bağımlı taşınmaz haline gelmektedir, onun hukuki mukadderatına tabi olmaktadır. Bu bağımlılığın hukuki sonucu olarak, temel taşınmaz üzerinde yapılan tasarruf (devir, rehin, diğer ayni özel ve kamu yükümleri), bağlı taşınmaz üzerinde de etkili olur. Bu ilişki temel taşınmazdaki tasarruflarda dolayısıyla çözülmez.

İsviçre hukukunda, paylı bağımlı mülkiyete tabi kayıtlı taşınmazdaki paylı mülkiyet paylarında da, sürekli ortak amacın sağlanması için bağımlılığın sürdüğü sürece tasarruf edilemez, bunlar rehin verilemez ve taşınmaz yükümleri ile kayıtlanamaz (ZGB Art.655 ; GBV Art.95/IV). Bağımlı paylı taşınmaza ilişkin diğer kanuni yükümlülükler geçerlidir ve payı konu alan sözleşmeden doğan önalım, geri alım ve alım hakkı kurulabilir. Bağımlı paylı taşınmazın yasal ayni sınırlamaları hakim taşınmaza taşınabilir⁶³.

61 Fasel (n 1) Art 32 N 28.

62 Diğer örnekler için bkz Schmid (n 30) 377.

63 Hitz (n 56) Art 655a N 8.

B. HAKİM TAŞINMAZDA TASARRUF VE BU TASARRUFUN BAĞIMLI – PAYLI – TAŞINMAZA ETKİSİ

Malikler hakim taşınmazdaki mülkiyetlerinde, paydaşlar ise kendi paylı mülkiyetlerinde bağımsız olarak tasarruf edebilirler; devredebilirler; rehin verebilirler; taşınmazı ya da paylarını yükümlendirebilirler. Hakim taşınmazda bir pay satışla devredildiğinde, diğer paydaşlar devredilen payla ilgili yasal ön alım haklarını kullanabilirler. Hakim taşınmazın paydaşlarının paylı mülkiyeti sona erdirmeye ilişkin paylaşma talebi yetkileri saklıdır. Hakim taşınmazdaki tasarruf yetkisi Türk ve İsviçre hukuku bakımından farklılık arz etmez.

İsviçre hukukunda, yeni ZGB Art.655a/I hükmüne göre, bağımlı taşınmaz maliki ya da paydaşlar oybirliği ile de olsa bağımlı eşyanın tamamında veya bir kısmında, paydaşlar ise payında tasarrufta bulunamazlar. Aynı şekilde bağımlı/kayıtlı paylı taşınmaz üzerindeki bağımlı paylı mülkiyet hakkı üzerinde paydaş, bağımlı payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunamaz; payını rehin konusu yapamaz ve kayıtlamaz⁶⁴.

İsviçre hukukunda, hakim taşınmazdaki tasarruflar, örneğin devir, rehin hakkı, bağımlı – paylı taşınmazda etkili olur⁶⁵. Bağımlı taşınmaz, aynı şekilde bağımlı paylı taşınmaz, hakim taşınmazın hukuki mukadderatına tabidir; başka deyişle bağımlı taşınmazın maliklerinin iradesi ile hukuki geleceği, temel taşınmazın geleceğine bağlanmış olur. Yukarıda açıkladığımız üzere, bağımlı – paylı – mülkiyet, kayıtlanacak bir paylı taşınmazın, diğer yararlanan bir hakim taşınmaza aynı olarak bağlanması halidir (ZGB Art.655a/I). Bu bağlanma ile birlikte bağımlı taşınmazda mülkiyet hakkı ya da paylı mülkiyet hakları sınırlanmıştır. Hakim taşınmazda yapılan bir tasarruf bağımlı taşınmazda da aynı olarak etkili olur. Başka bir deyişle, hakim taşınmazda gerçekleşen iradi bir mülkiyet devri veya bir sınırlı aynı hak tesisi bağımlı taşınmazda da – o taşınmazdaki payda da – etkili olur.

Türk hukuku yönünden, bu konuda tasarrufu yasaklayan açık bir yasal düzenleme olmadığından, iki farklı yorum yapılabilir:

İlk yorumda, hakim taşınmazdaki tasarrufun bağımlı taşınmaza da etkili olduğundan bahsedebiliriz; burada bağımlı taşınmazın hakim taşınmazın hukuki mukadderatına tabi olması şeklindeki bir hukuki etkiden bahsedebiliriz, ama bağımlı taşınmazda ya da o taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet hakkında mutlak bir tasarruf yasağından bahsedemeyiz. Yani, iki taşınmaz arasında bağımlı mülkiyet ilişkisi kurulmuşsa, Türk hukuku yönünden yasal düzenleme bulunmadığından, bağımlı paylı mülkiyette subjektif-aynı bağ etkisi saklı kalmak üzere, bağlı taşınmaz paydaşı taşınmazdaki payında serbestçe tasarruf edebilir. Yine paydaşlar subjektif-aynı bağlantının eşyaya bağlı etkisi saklı kalmak ve ona aykırı olmamak üzere, kural olarak, bağımlı taşınmazın tamamı üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler, devredebilirler, başka bir aynı yükümlülük tesisi edebilirler. Yapılan aynı tasarruf

64 BGE 5a 100/2015 E 2. Brunner and Wichtermann (n 2) Art 646 N 2; Schmidt and Arnet (n 58) Art 646 N 12; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 3; Hitz (n 56) Art 655a N 6.

65 Alexander Kernen, "Art. 655-666b ZGB, SchIT Art. 18-19" in Jolanta Kren Kostkiewicz and Stephan Wolf and Marc Amstutz and Roland Fankhauser (eds) *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3.Auflage, Orell Füssli Verlag 2016) Art 655a, N 3a; Hitz (n 56) Art 655a N 22.

yani devir ya da sınırlı ayni yükümlülük var olan subjektif-ayni bağılığa ve bu bağılığın amacıyla sınırlı olmaya ve ona tabi olmaya devam eder.

Önemli olan paylı bağımlı taşınmazda ya da o bağımlı taşınmazdaki paydaki tasarrufun subjektif-ayni bağlantı ile gerçekleşen ayni hakla çelişir olup olmamasıdır yani subjektif-ayni bağlantıdan doğan hak yapılan tasarrufun varlığını ortadan kaldırıyorsa ya da sınırlıyorsa paylı taşınmazda ya da paydaşın payında tasarrufta bulunulamaz.

Yapılan ayni tasarruf subjektif-ayni bağlantı ile yani bağlantının amacıyla uyumlu ise, tasarruf subjektif – ayni bağlantının amacıyla kayıtlı olmaya devam eder.

Bize göre daha kabul edilebilir olan, kanunun amacına uygun yorum tarzına göre ise, İsviçre hukukundaki yeni ZGB Art.655 düzenlemesine yakın olarak, hakim taşınmazla olan subjektif-ayni bağları paydaşların paylarını bağımlı hale getirmiş ve hakim taşınmaz malikleri ile bağımlı paylı mülkiyet paydaşları birlikte bir zorunlu topluluk oluşturmuşlardır. Bu zorunlu topluluk paydaşları arasındaki ilişki pasif subjektif-ayni ilişki niteliğindedir. Subjektif-ayni bağlantıyla sağlanan topluluğun ortak amacı, bağı taşınmazın ve onun paydaşlarının tüm tasarruflarını engeller. Paydaşlar, bağımlı taşınmaz ya da bu taşınmazdaki bağımlı pay üzerinde tek başına tasarrufta bulunamazlar; bunları rehin konusu yapamazlar ve kayıtlamazlar.

C. BAĞIMLI – PAYLI – TAŞINMAZDA – PAYDA – TASARRUF

İsviçre hukukunda, ZGB Art.655/I ilk cümlede bağımlı mülkiyet tanımlandıktan sonra, hükmün ikinci fıkrasında bağımlı taşınmazın temel taşınmazın hukuki geleceğine tabi olduğu belirtilmekte ve ondan bağımsız olarak devredilemeyeceği, rehin verilemeyeceği ve yükümlenemeyeceği düzenlenmektedir. İkinci fıkra ise paylı bağımlı mülkiyet kavramını ve bu bağımlı taşınmazda paydaşların paydaş haklarının sınırlarını ortaya koymaktadır.

ZGB Art.655a hükmünün sözüne bakılırsa, bağımlı – paylı – taşınmaz ayni hukuki işleme ve tasarrufa kapalıdır. Bağımlı – paylı – taşınmaz bir sınırlı ayni hakla kayıtlanamaz⁶⁶. Aynı şekilde, tartışmalı olmakla birlikte, hakim taşınmazdaki bir irtifak hakkının kaydının bağımlı – paylı – taşınmazda etkili olduğu kabul edilmektedir⁶⁷.

Yukarıdaki gerekçelerle, Türk hukukunda da bağımlı taşınmazda ya da bağımlı paylı taşınmazda, paydaşların birlikte tasarrufu ve de paydaşın kendi paydaki tasarrufu subjektif-ayni bağlantının etkisi sebebiyle tasarrufa kapatılmamıştır. TST m. 29(1) hükmüne göre, tapu sicil kütüğünün bağımlı taşınmaz sayfasında malik sıfatına yararlanan/hakim taşınmazın tapu bilgileri yazılmakla, kim ki yararlanan/hakim taşınmazın maliki ise bağımlı taşınmazın maliki durumuna gelmektedir. Bağımlımayla birlikte bağımlı taşınmazın artık diğer bir sınırlı ayni hakla kayıtlanamayacağını kabul etmekteyiz.

66 Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 4.

67 Bkz Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 4; Schmid (n 30) 372 ff. Aksi görüşe göre, her irtifak hakkının bağımlı taşınmaz üzerinde ayni etkili olması beklenmez (bkz Schmid (n 3) 284'de aksi görüşü savunmaktadır).

D. BAĞIMLI – PAYLI – MÜLKİYETİN İRTİFAKLA YÜKÜMLENEMEMESİ

Bu noktada iki hususun hukuken açıklığa kavuşturulması gerekir. İlk olarak hakim taşınmaza ilişkin bir ayni sınırlamanın bağımlı – paylı – taşınmazda etkili olup olmadığı tartışılmalıdır. Diğer husus ise, bağımlı – paylı – taşınmazın irtifak hakkı ile kayıtlanıp kayıtlanmayacağıdır.

Hakim taşınmazdaki mülkiyetin devri ve diğer ayni tasarruf başka bir işlem gerektirmeksizin ona bağlı taşınmaz ve bağımlı payda da etkili olur. Devir sözleşmesinde devrin bağımlı paylı mülkiyeti de kapsadığının ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

Buna karşın, hakim taşınmaz malikinin ya da paydaşının, kendi malikliğinden ayrı ve bağımsız şekilde bağımlı taşınmazdaki mülkiyeti ve paylı mülkiyeti devri ya da hakkı devri mümkün değildir.

Doktrinde tartışma, hakim taşınmaz üzerindeki bir irtifak hakkının bağımlı taşınmaza da etkili olup olmadığı ve bağımlı taşınmazın tek başına bir irtifak hakkına konu edilip edilemeyeceği, edilebilecekse bunun hangi kapsamda olacağı noktasında toplanmaktadır. Bu tartışma İsviçre Federal Mahkemesinin bağımlı paylı mülkiyetin bir irtifak hakkı ile sınırlanıp sınırlanmayacağı konusunu çözümlememesi üzerine başlamıştır⁶⁸.

Hakim taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı kurulabilir; bu irtifak hakkının bağımlı – paylı – taşınmazda etkili olacağı genellikle kabul görmektedir⁶⁹.

Bağımlı – paylı – taşınmazın tek başına bir irtifak hakkına konu edilebileceği ise tartışmalıdır. Hakim görüş bunu mümkün görmektedir⁷⁰. Görüşümüze göre, bağımlı paylı mülkiyet subjektif-ayni etki sebebiyle bağımlı şekilde işlem görebileceğinden, bağımlı subjektif – ayni hakla çelişen (veya çatışan) yani onu kaldıran ya da sınırlayan bağımsız bir irtifak (yararlanma) hakkı ile bağımlı paylı taşınmaz yükümlenemez.

E. BAĞIMLI PAYLI MÜLKİYETİN REHİNLE YÜKÜMLENEMEMESİ

Hakim taşınmazın rehnedilmesi, kendiliğinden ona bağlı subjektif-ayni bağlı paylı mülkiyette, ayrı bir tapu kayıt işlemine gerek olmaksızın etkili olur⁷¹. Tam tersine bağımlı taşınmazdaki paylı mülkiyetin ya da taşınmazın tamamının rehnedilmesini, subjektif-ayni bağlantı sebebiyle mümkün görmemekteyiz⁷².

68 BGE 130 III 306 E. 3.3.4.

69 Schmid (n 30) 375; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 4.

70 Schmid (n 30) 375; Strebel and Iaim (n 33) Art 655a N 4. Kernén (n 66) Art 655a N 4; Hitz (n 56) Art 655a N 22. Aksi görüş için Brunner and Wichterhann (n 2) Art 650 N 2.

71 Peter Isler, *Der Umfang der Pfandhaft im Grundpfandrecht* ZBGR (1982) (63) 193, 197 ff.

72 Meier-Hayoz (n 2) Art 650 N 57. Schneider (n 10) 13.

F. BAĞIMLI-PAYLI – TAŞINMAZDAN YARARLANMA

Hakim taşınmaza(lara) bireysel olarak veya paylı mülkiyet olarak malik olanlar veyahut kat maliki olanlar, bağımlı taşınmazdaki ortak yerlerden sosyal tesis, ticarî mahal, yüzme havuzu, tenis kortu gibi yerlerden yararlanabilirler. Uygulama örnekleri verirse⁷³; – bağımlı paylı mülkiyet olarak – sınır işaretleri, duvarlar, çitler, kuyular, çeşmeler, ortak patikalar ve yollar, ortak geçitleri, ortak ısınma tesisleri, ortak kanalizasyon tesisleri örnek gösterilebilir⁷⁴.

Bağımlı taşınmaz birden fazla hakim taşınmaza bağlanmışsa, bu hakim taşınmazların malikleri ya da paylı mülkiyet malikleri paylı mülkiyet hükümlerine göre diğer hak sahibi taşınmazların haklarını veya paydaşlar diğerlerinin paylarını ihlal etmeksizin bağımlı taşınmazdan yararlanabilirler.

Hakim taşınmazda paylı mülkiyet söz konusu ise, paydaşlar belirlenen sürekli ve ortak amaç doğrultusunda paylı mülkiyet hükümlerine göre bağımlı taşınmazdan yararlanabilirler.

Bağımlı paylı taşınmaz paydaşı, ortak ve sürekli amaçla çatışacak, bu amacı ortadan kaldıracak veya amaca ulaşmayı engelleyecek, sınırlayacak şekilde paylı taşınmazdan yararlanamaz.

Hakim taşınmazın birden fazla taşınmaza bölünmesi durumunda, bağımlı paylı mülkiyetin diğer yeni oluşturulan parsellere taşınıp taşınmayacağı ve bu taşınma için diğer paydaşların rızasının alınıp alınmayacağı hususu tartışılmalıdır. Bu konuda Steinhauer, irtifak hakkı ile yükümlü taşınmaza ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği görüşündedir⁷⁵. İrtifak hakkı hükümlerini kıyasen uygularsak (TMK m.792, 788, 964, 1026), bölünerek oluşan yeni taşınmazlar da bağımlı-subjektif hakla bağımlı halde tapu siciline kaydedilir; bu bağımlılığın tesisi için diğer paydaşların rızasının alınmasına gerek yoktur⁷⁶.

G. PAYDAŞIN PAYLAŞMA TALEBİNİN VE ÖN ALIM HAKKININ ENGELLEMESİ

Bağımlı paylı mülkiyet ilişkisinde⁷⁷, sürekli bir ortak amaca özgülenmesi söz konusu olduğundan bağımlı taşınmaz yönünden paydaşların kanuni paylaşma talepleri söz konusu olmaz; zira bağımlı/yükümlü paylı taşınmaz, diğer temel/yararlanan taşınmaza ayni olarak bağlanmış ve onun sürekli amacına hizmete eder duruma gelmiştir.

İsviçre hukukunda belirtildiği üzere, iki ya da daha fazla taşınmazın birbirlerine ayni olarak irtibatlanması halinde kayıtlanan bağımlı paylı taşınmaz, diğer temel taşınmaz(lar)ın maliklerinin ve onların paylı maliklerinin (ya da kat maliklerinin) gerçekleşmesini bekledikleri belirli bir ortak

73 Meier-Hayoz (n 2) Art 650 N 32; Rey (n 6) N 632 ff; Graham-Siegenthaler (n 6) N 25. Diğer örnekler için bkz Brunner and Wichterich (n 2) Art 650 N 18; Fasel, (n 1) Art 23 N 4 ff.

74 “Taşınmazları birbirinden ayırmayı sağlayan duvar, parmaklık çit gibi sınırlıklar, paydaşlara ait taşınmazlara su sağlayan ortak kuyular, taşınmazları ısıtmakta yarayan ortak ısıtma aygıtları.” vb örnekler için bkz Jale G Akipek ve Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2. Baskı, Beta 2018) 405. Bu hususta başka örnekler için bkz Mustafa Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (26. Baskı, Filiz 2024) 333.

75 Paul-Henri Steinauer ‘*Les pluralités de copropriétés sur un même immeuble*’ ZBGR (1998) (79) 217, 231.

76 Aynı Yönde BGE 130 III 17 E.5.2.5.

77 BGE III II 26.

sürekliliğe hizmet eder (ZGB Art.655a/II)⁷⁸. Bu sebeptendir ki eğer bağımlı paylı mülkiyet tüm paydaşların belirli ve sürekli amacına hizmet ediyorsa, paydaşın paylaşma talebini ve de kanuni önalm hakkının kullanılmasını engelleyecektir (ZGB Art.655a/II)⁷⁹.

Bağımlı taşınmazdaki bağımlı paylı mülkiyetin, hakim taşınmaza sürekli ve ortak bir amaç için bağlanmasına; giriş yolunu, ev girişini, elektrik, su, doğal gaz vb. erişim tesisini, merkezi ısıtma tesisini, kuyu ve su arıtma ve depolama alanını, çöp toplama veya arıtma tesisini örnek verebiliriz⁸⁰. Bu takdirde iki taşınmaz arasında “ortak amaç birliği” söz konusudur⁸¹. Belirlenen bu ortak amaç sürekli olmalıdır.

İki taşınmaz arasındaki tek yönlü ortak veya karşılıklı ortaklaşa kullanım hakkı, irtifak hakkı ya da ortak kullanım yeri olarak tapuya tescil edilmişse, bu nitelikte bir paylı mülkiyetin çözülmesi, fiili olarak bölünmesi söz konusu olabilir ve taşınmazlardaki hak sahipleri oybirliğini sağlasalar bile, bir ortak amaç için bağımlılığın var olup olmadığı hususunda uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda, topluluğun ortak sürekli amacı dikkate alınmalıdır⁸². Topluluğun ortak amacı da, somut olayın hal ve şartları, özellikle paylı topluluğun eşya ve birbiriyle olan ilişkisi, eşyanın niteliği ve özelliğini dikkate alan fonksiyonel ilişki gibi kriterlere göre belirlenir⁸³.

ZGB Art.655a/II hükmüne göre, bağımlı paylı mülkiyet ile hakim taşınmaz arasında objektif-aynı bağlantının bulunması yeterli değildir. İlâveten bu bağlantının ortak ve sürekli bir amaca hizmet etmesi gerekir.

ZGB Art.655a/II hükmü, olağan paylı mülkiyetten farklı olarak, yükümlü/bağımlı taşınmaz paylı ise, bağımlı taşınmazın paylaşılmasını talep edemeyeceğın, açık olarak düzenlemiştir. Türk hukukunda bu sonuca TMK m.698/I hükmüyle ulaşmaktayız. İsviçre hukukunda ise bu paylaşma engeli açık ve özel olarak bağımlı paylı mülkiyet için ZGB Art.655/II’de düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda paydaş pay üzerinde taşınır rehni ve kanuni veya sözleşmeden doğan alım, geri alım veya önalm gibi tasarruflarda bulunamaz⁸⁴.

Türk hukuku yönünden yasal düzenleme olmadığından, İsviçre hukukunun aksine, paydaşların önalm haklarından feragat ettiklerine ilişkin anlaşma tapuda tescil edilmiş olmadıkça, bağımlı paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasının, kural olarak, ön alım hakkının kullanılmasını engellemeyeceği savunulabilir.

78 Fasel, (n 1) N 29.

79 Schneider (n 10) 13; Brunner and Wichter mann (n 2) Art 655a N 6.

80 Diğer örnekler için bkz Schmid (n 30) 377.

81 Brunner and Wichter mann (n 2) Art 655a N 7.

82 Schmid (n 3) 281; Schneider (n 10) 13.

83 BGE 98 II 344 E 4; Meier-Hayoz (n 2) Art 650 N 32; Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 75) 334 vd; Akipek ve Akıntürk ve Ateş (n 75) 404, 405; Lale Sirmen *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Legem 2024) 296.

84 Schmid (n 5) Art 946 N 13b.

Katıldığımız diğer görüş kapsamında, İsviçre hukukunda da değişiklik öncesi savunulduğu üzere⁸⁵, subjektif-ayni bağlantı sebebiyle paydaşların yasal ön alım haklarını kullanamayacağı kanaatindeyiz. Subjektif-ayni bağlantı bağımlı paylı taşınmazda pay devrini engellendiğinden zaten ön alım hakkı söz konusu olamayacaktır. İsviçre hukukunda ise ön alım hakkı engeli özel olarak bağımlı paylı mülkiyet için ZGB Art.655a/II'de düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- Akipek J G ve Akıntürk T ve Ateş D, Eşya Hukuku (2. Baskı, Beta 2018).
- Antalya O G 'Eşya Hukuku Giriş Temel Kavramlar ve İlkeler' in O. Gökhan Antalya (ed) Marmara Hukuk Yorumu Eşya Hukuku Cilt IV/I (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021).
- Antalya O G, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1 (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019).
- Brunner C and Wichtermann J, 'Art. 646-651a ZGB' in Geiser T And Wolf S (eds) Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II Art. 457-977 Zgb (Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Fasel U, *Grundbuchverordnung (Gbv)* (Helbing Lichtenhahn Verlag 2008).
- Graham-Siegenthaler B, *Art. 641-654a ZGB* (Stämpfli Verlag 2022).
- Haab R, 'ZGB Art 646' in Haab R and Simonius A and Scherrer W and Zobl D *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar) IV. Band: Das Sachenrecht Erste Abteilung Das Eigentum Art.641 bis 729* (2. Auflage, Schulthess Verlag 1977).
- Hinderling H, 'Grunddienstbarkeit und Utilitätsprinzip' in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts* (Helbing Lichtenhahn 1975).
- Hitz F, 'Art. 655-666b, 713-729 ZGB' in Peter Breitschmid and Alexandra Jungo (eds) *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht* (3.Auflage, Schulthess Verlag 2016).
- Hürlimann-Kaup B, Neuerungen beim Miteigentum und beim Stockwerk – eigentum in Stephan W (ed) *Revision des Immobiliarsachenrechts* (2011).
- Isler P, *Der Umfang der Pfandhaft im Grundpfandrecht* ZBGR (1982) (63).
- Kernen A, 'Art. 655-666b ZGB, SchlIT Art. 18-19' in Kostkiewicz J K and Wolf S and Amstutz M and Fankhauser R (eds) *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3.Auflage, Orell Füssli Verlag 2016).
- Liver P, 'Das Eigentum' in Meier – Hayoz A (ed) *Schweizerisches Privatrecht Bd V/1* (Helbing Lichtenhahn Verlag 1977).
- Liver P, 'Die Anmerkung' (1969) (50) ZBGR 10-34.
- Liver P, 'Die Realobligation, Ihre Klassifikatorische Bedetung Und Praktische Verwendbarkeit' ZBGR (1962) (43) 257-281.
- Liver P, Das Miteigentum Als Grundlage Des Stockwerkeigentums in Goop A P (ed) *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer* (Schulthess Verlag 1963).
- Meier – Hayor A, Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band II Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Sachenrecht 1. Abteilung Das Eigentum 1. Teilband: Systematischer Teil Und Allgemeine Bestimmungen Artikel 641-654 (5.Auflage, Stämpfli Verlag 1981).
- Mengiardi R, *Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten* (Stämpfli Verlag 1972).
- Oğuzman M K ve Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (26. Baskı, Filiz 2024).

85 Schneider (n 10) 13 ff; Schmid (n 3) 263.

- Öğüz T, *Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri* (Alfa Kitabevi 1995).
- Reinhardt O and Brazerol R, 'Die Mischung von selbstständigem und unselbstständigem Miteigentum an Grundstücken' ZBGR (2014) (5), 289-299.
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum Band I* (3. Auflage, Stämpfli Verlag 2007).
- Schmid J and Arnet R, 'Article 946 ZGB' in Geiser T and Wolf S (eds), *Zivilgesetzbuch II Art 457-977 ZGB* (7. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2023).
- Schmid J, 'Art 964' in Honsell H, Vogt P and Geiser T (eds) *Basler Kommentar zum ZGB II*.
- Schmid J, 'Das Unselbständige Miteigentum in Theorie Und Praxis' (2005) (5) ZBGR 277-291.
- Schmid J, 'Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen' ZGBR (2010) (6) 372-388.
- Schmid-Tschirren C 'Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung' in Wolf S (ed) *Revision des Immobiliarsachenrechts Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern vom 26./27. Oktober 2011* Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis Vol 12 (Stämpfli Verlag 2011).
- Schneider B, 'Probleme des subjektiv-dinglichen Miteigentums' (1976) (57) ZBGR 1-16.
- Schneider B, *Das schweizerische Miteigentumsrecht* (Stämpfli Verlag 1997).
- Sprenger U D, Die subjektiv-dingliche Verknüpfung als Verbindung zwischen rechtlicher Beziehung und Subjekt, insbesondere im schweizerischen Obligationen – und Sachenrecht (Schulthess Polygraphischer Verlag 1983).
- Steinauer P H 'Les pluralités de copropriétés sur un même immeuble' ZBGR (1998) (79).
- Strebel L and Laim H, 'Art 655a' in Geiser T and Stephan W (eds) *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II* (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).